

## Algunas observaciones sobre la noción de Estado de derecho\*

Por Antonio A. Martino

*“La finalidad perseguida por las leyes no se cifra en abolir o limitar la libertad, sino, por el contrario, en preservarla y aumentarla. En su consecuencia, allí donde existen criaturas capaces de ajustar su conducta a normas legales, la ausencia de leyes implica carencia de libertad. Porque la libertad presupone el poder actuar sin someterse a limitaciones y violencias que provienen de otros; y nadie puede eludirlas donde se carece de leyes. Tampoco la libertad consiste —como se ha dicho— en que cada uno haga lo que le plazca. ¿Qué hombre sería libre si el capricho de cada semejante pudiera gobernarlo? La libertad consiste en disponer y ordenar al antojo de uno su persona, sus acciones, su patrimonio y cuanto le pertenece, dentro de los límites de las leyes bajo las que el individuo está, y, por lo tanto, no en permanecer sujeto a la voluntad arbitraria de otro, sino libre para seguir la propia” (John Locke)*

Parfraseando a Martin Luther King podría decir que muchos tuvimos (o mejor que tenemos) un sueño: que en nuestro país, que en América Latina, que en el mundo exista el Estado de derecho.

Antes de desecharlo como una utopía quisiera que hiciésemos juntos dos reflexiones, la primera: una dosis de utopía es necesaria para llevar adelante cualquier acción humana, en la definición que daba Gustav Radbruch de la justicia como una estrella polar a la que debía tenderse toda la vocación de ideal inalcanzable pero reconocible que casi todos los conceptos de las ciencias morales deben tener. La segunda tiene que ver con un mejor conocimiento de lo que entiendo por “Estado de derecho”. Toda la conferencia tratará de aclarar este punto.

La dosis de utopía tiene que ver con los ejemplos lampantes que tenemos ante nuestros ojos: como pedir Estado de derecho en una parte del mundo donde todos los que han llegado al poder lo primero que han hecho es violar cuanta norma trataba de limitar ese poder. No es necesario hacer nombres solo podríamos realizar una tabla según la cual se va desde el más violador de leyes al que menos las violó.

*Estado de derecho* es una expresión recurrente en materia política y jurídica. Justamente por esta doble visión jurídica y política el concepto debe ser aclarado.

El término Estado de derecho tiene su origen en la doctrina alemana (*Rechtsstaat*). El primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl<sup>1</sup>. En tradición anglosajona la expresión equivalente en términos conceptuales es el de *rule of law*.

Pero es un concepto que tiene una historia mucho más antigua.

---

\* Bibliografía recomendada.

<sup>1</sup> *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates.*

## 1. Referencias históricas

Sartori<sup>2</sup> propone tres maneras de concebir el Estado de derecho: la manera griega, la manera romana, no muy lejana de lo que hoy se entiende por *rule of law* y el garantismo constitucional moderno que confluye en la *Rechtsstaat* o gobierno de las leyes<sup>3</sup>.

Fueron Tácito y, sobre todo, Cicerón los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Cicerón se convirtió en la principal autoridad y a él debemos muchas de las formulaciones más efectivas de la libertad bajo la ley. A él pertenece el concepto de las reglas generales, de las “*leges legum*” que gobiernan la legislación; el de la obediencia a las leyes si queremos ser libres y el de que el juez haya de ser tan solo la boca a través de la cual habla la ley. En ningún otro autor se ve más claramente que, durante el período clásico del derecho romano, se comprendió que no hay conflicto entre la ley y libertad. Igualmente, que la libertad depende de ciertos atributos de la ley como son su generalidad y su permanencia. Cicerón opone restricciones tajantes al poder discrecional de la autoridad.

En Inglaterra las medidas de Jacobo I y Carlos I provocadoras del conflicto pudieron parecerle cuestiones anticuadas sin ningún interés temático. Para nosotros los problemas suscitados por los intentos reales de crear monopolios industriales tienen un sabor familiar. Carlos I incluso intentó nacionalizar la industria del carbón, y pudo ser disuadido de ello únicamente cuando se le informó de que dicha nacionalización podía ser origen de una rebelión.

Desde que un tribunal sentenció, en el famoso “pleito de los monopolios”, que la concesión del privilegio exclusivo para la producción de un artículo iba “contra el derecho común y la libertad del ciudadano”, la exigencia de leyes iguales para todos los individuos se convirtió en el arma principal del Parlamento frente a los deseos reales. Los ingleses aprendieron entonces, mejor de lo que lo han hecho hoy, que el control de la producción significa siempre la creación de privilegios; que entraña la concesión a Pedro de un permiso que se le niega a Juan.

En enero de 1660, poco antes de la Restauración, en la “Declaración del Parlamento reunido en Westminster” (Declaración of Parliament Assembled at Westminster) se hizo un último intento de formular mediante un documento formal los principios esenciales de la Constitución, se incluyó este impresionante pasaje: “No hay nada más esencial para la libertad de un Estado que el pueblo sea gobernado por leyes preestablecidas y que la justicia sea administrada solamente por aquellos a quienes cabe exigir cuentas por su proceder. Formalmente se declara que, de ahora en adelante, todas las actuaciones referentes a la vida, libertades y bienes del libre pueblo de esta comunidad deben ser acordes con las leyes de la nación, y que el Parlamento no se entrometerá en la administración ordinaria o parte ejecutiva de la ley. La misión principal del actual Parlamento, como lo ha sido de todos los anteriores, es la de garantizar la libertad del pueblo contra la arbitrariedad del gobierno”.

<sup>2</sup> Sartori, Giovanni, *The theory of democracy revisited. Part two. The Classical Issues*, New Jersey, Chatham House, 1987.

<sup>3</sup> Martino, Antonio A., *Il governo delle leggi*, Pisa, Edizioni Plus, 2004.

Conforme a tal declaración, el principio de separación de poderes, aunque no totalmente “aceptado por el derecho constitucional”, quedó al menos como parte de las doctrinas políticas imperantes.

John Locke tradujo estas disputas en su celeberrimo pasaje “la libertad de los gobernados radica en la posesión de una norma permanente que el Poder Legislativo proclame para ser acatada por las gentes y sea común a todos y cada uno de los miembros de dicha sociedad; radica en una libertad para seguir mi propia voluntad en todo siempre que la norma no lo prohíba; radica en no estar sujeto a la inconstante, desconocida y arbitraria voluntad de otro ser humano”.

La separación de poderes nace de las ideas de Montesquieu y de Rousseau durante la Revolución Francesa de 1789 y en la Guerra de la Independencia de Estados Unidos, y poco a poco se extiende por el resto de los países de Europa y aquellos bajo su influencia<sup>4</sup>.

El modernismo reinventa la noción de Estado de derecho: el productor de la norma es también destinatario. Soberano o presidente de la República quien promulga una ley es el primero que debe respetarla. Heinrich von Kleist, autor de una conocida novela el *Príncipe de Homburg* cuenta de un valiente oficial prusiano que un poco ensimismado por los pensamientos amorosos hacia su prima Natalia se lanza peligrosamente y asegura con su acto de arrojo la victoria en la batalla de Ferhrbellin. Pero haciendo esto había desobedecido las órdenes del comandante que eran diferentes. Por su brillante acción será encomiado, pero por su desobediencia será condenado a muerte. El joven príncipe de Homburg no consigue comprender la lógica de esta distinción, pero en ella radica toda la fuerza del Estado de derecho: te premio si haz obrado bien, te castigo si violaste la ley<sup>5</sup>.

Lo que aparece claro en la elaboración de Montesquieu<sup>6</sup> es la división de los poderes del Estado y un esbozo de la supremacía de la ley, esta doctrina es recogida y ampliada en otros autores, como Filangieri<sup>7</sup> pero recién con las obras de A. Muller y Th. Welker, en R. von Mohl, en 1824, se convierte en *Rechtsstaat* o Estado de derecho. Por cierto, que la división de poderes ha entrado a formar parte de esta noción, pero lo principal es la soberanía popular a través de la igualdad de todos frente a la ley.

El constitucionalismo norteamericano agregó una distinción fundamental entre los tipos de leyes: unas que se hacen para tiempos largos y otras que gobiernan lo inmediato. El sistema constitucional no entraña la limitación absoluta de la voluntad del pueblo, sino la mera subordinación de los objetivos inmediatos a los que se logran a largo plazo. En efecto, ello significa una limitación de los medios de que dispone la mayoría temporal para el logro de objetivos particulares mediante principios generales establecidos por otra mayoría de antemano y para un largo período. Para decirlo de

---

<sup>4</sup> Entre los precursores ideológicos del Estado de derecho y sus componentes básicos pueden enumerarse entre los premodernos Jean Bodin, Thomas Hobbes y Maquiavelo. Entre los modernos Montesquieu, John Locke, Jean Jaques Rousseau, Constant, Madison y Hamilton. Entre los contemporáneos Hans Kelsen.

<sup>5</sup> En la novela, en la última escena el príncipe cuando se quita la venda ve a sus colegas festejándolo y llevándolo ante Natalia. No sabemos si es una concesión del autor para tener un final feliz o un sueño del protagonista. De hecho el final no amaina la fuerza de la distinción del Estado de derecho.

<sup>6</sup> *L'esprit des lois*, 1747.

<sup>7</sup> *La scienza della legislazione*, 1784.

manera diferente, el acuerdo de someter determinadas soluciones a la voluntad de la mayoría temporal se basa en el entendimiento de que esta mayoría se sujetará a principios más generales establecidos de antemano por una corporación más amplia.

En el importante libro de Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*<sup>8</sup>, dos reflexiones saltan a la vista: el hecho que nadie haya notado antes la importancia de cambiar las leyes de sucesión para cambiar la sociedad<sup>9</sup> y la fuerza de los poderes locales (municipios) frente al poder federal<sup>10</sup>. Esto es la integración del concepto democrático de superioridad de la ley con la descentralización del poder a través del federalismo.

## 2. El concepto de Estado de derecho

Enseña Hans Kelsen<sup>11</sup> que si bien Estado y derecho son la misma cosa, no todo derecho equivale a Estado. Para ello se requiere una cierta centralización de la capacidad coercitiva. Las fáciles críticas que se hacen al maestro austríaco generalmente están basadas en una lectura parcial de su obra. Toda la normatividad de Kelsen reposa en una norma fundamental que establece un criterio de eficacia. Esto es toda la organización jurídica hecha de palabras (aunque sean prescriptivas) apoyan en una noción fáctica, la eficacia, que lo conecta al mundo.

No basta que haya normas debe haber también un aparato en grado de aplicar las sanciones cuando las normas no son respetadas, este aparato, tercero con respecto a los intereses en juego es el Estado. A menos que los que gobiernan el Estado cedan a la tentación de defender sus intereses. Aquí cesa el Estado de derecho.

La importancia de la *rule of law* consiste en hacer vívido el mandato ciceroniano *legum servi sumus*, por la capacidad de hacer respetar las leyes por parte de las autoridades predispuestas (jueces naturales) leyes no retroactivas, cognoscibles, estables y claras.

Con ligeros retoques, la sagaz caracterización que hizo Montesquieu de la libertad política puede servirnos para evaluar cosas tan importantes como la eficiencia de un gobierno, el grado de discriminación a que está sometida una persona, el distanciamiento –mayor o menor– que sufre un país respecto al Estado de derecho. Los criterios de evaluación existen ya.

No caben dudas que el concepto se afirma en la modernidad cuando se sostiene la noción moderna de Estado. Tiene que ver con la idea de que *todos* estén sujetos a la ley, sobre todo los que tienen el poder. Por eso tiene en su interior un presupuesto que es la separación de los poderes.

Bentham considera a la ley como un mecanismo para asegurar que cada cual podrá perseguir sus propios fines sin detrimento para sus semejantes.

En tiempos más recientes Carl Schmidt al proponer los dos principios que, según él, estarían conformando la idea de un Estado de derecho: un “principio de

---

<sup>8</sup> Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1835/40.

<sup>9</sup> Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, p. 58.

<sup>10</sup> Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, p. 70.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*.

organización” (que se concreta en la doctrina de la separación de poderes y comprende la delimitación jurídica entre el Estado y el ciudadano mediante el principio de la “reserva legal”: sólo por una ley puede establecerse la limitación de la esfera de las libertades) y un “principio de distribución” (que establecería las libertades fundamentales, el reconocimiento de los derechos del individuo) hace que el concepto vaya delineándose entre criterios jurídicos mínimos y contraposiciones con realidades políticas.

Una forma de presentar a un político violador de cuanta norma exista es encontrar una palabra atractiva como *trasgresor*. No estamos hablando a severos patricios sino a adolescentes de la vida para los cuales una trasgresión implica aventura, y un concepto que los psicoanalistas y los sociólogos manejan bien que es el concepto de satisfacción vicaria por parte del ciudadano que se identifica en el líder trasgresor<sup>12</sup>.

Todos recordarán otra manera de presentar al poder sin límite, la expresó Yabran en un reportaje que le hiciera Mariano Grondona. Cuando éste pregunto en qué consistía el poder Yabran pensó un instante y luego como –natural a un capo mafia– dijo “en la impunidad”. La impunidad es la manera de no tener los límites de las leyes, estar, como diría Nino, en *Un país al margen de la ley*<sup>13</sup>.

Estado de derecho es una expresión que puede ser caracterizada con respecto a las conductas conformes a las normas, comenzando por las conductas de los que tienen las mayores cargas del Estado. Cuando la Brigate Rosse secuestraron y luego asesinaron a Aldo Moro todos los partidos italianos sin distinción rechazaron el modo de obrar de estos grupos eversivos y la magistratura continuó aplicando todas las leyes de resguardo y respeto de la condición de detenidos a personas que eran acusadas de haber matado o disparado en las piernas (*gambizzare*) a los policías y magistrados que habían intervenido en actos de detención o condena. Sin que nunca se les ocurriera a los que disponían del poder utilizar los mismos medios de los cuales se valían los terroristas. Así, cuando fue secuestrado el jefe del Estado Mayor de la OTAN en Italia, general Doger, el policía que logró determinar el paradero del secuestrado norteamericano y luego liberarlo, fue primero premiado por su obra tanto por el gobierno italiano como por el gobierno norteamericano. Averiguado que había empleado medios de apremios a los terroristas detenidos para obtener los datos fue juzgado, encontrado culpable, condenado y obviamente radiado de las fuerzas de seguridad<sup>14</sup>.

### 3. Estado democrático

La caracterización del Estado de derecho parece que pudiera darse en un Estado democrático o en un Estado dictatorial, pero no es así porque además de todas las reglas formales que deben ser respetadas hay por lo menos un valor que va defendido en todo momento y que es incompatible con la dictadura: la libertad. El fin último del Estado de derecho es la garantía de la libertad para todos, independientemente de

<sup>12</sup> No pudiéndolo hacer él, lo hace el jefe en su lugar. A este propósito ver Martino, Antonio A., *Freud, Kelsen y la unidad del Estado*, en Bulygin - Farrel - Nino - Rabossi (comps.), “El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió”, p. 2197 y siguientes.

<sup>13</sup> Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Emece, 1993.

<sup>14</sup> Recuérdese el *Príncipe de Homburg*.

sus condiciones sociales, de raza, de credo, de ideología. Es esta la razón por la cual se pueden garantizar los derechos fundamentales del hombre en un Estado de derecho sin necesidad de recurrir a un derecho natural. Basta que se mantenga, defienda y sostenga el derecho de libertad. Porque una vez introducido el valor libertad, del brazo con él pasan otros como el de igualdad.

Y en esto tiene razón Kant los valores van defendidos con una regla tal que establezca la posibilidad de su universalización. Si no resiste la universalización es un valor acotado. Por supuesto que en su aplicación contextual siempre va a estar acotado: en eso consiste el orden jurídico.

Si lo concebimos como un aspecto de la teoría de la democracia, el Estado de derecho es democrático en tres sentidos. Uno, porque sanciona y respalda las libertades y garantías propias de la democracia política. Dos, porque también sanciona y respalda los derechos civiles de toda la población. Y tres, porque establece redes de *responsabilidad* horizontal que implican que todos los agentes, privados y públicos, incluyendo los cargos más altos del Estado, están sujetos a controles apropiados y legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos. Siempre que se cumplan estas tres condiciones, el Estado no es tan sólo un Estado gobernado por la ley; es un *Estado democrático de derecho*.

Es posible distinguir entre *rule of law* y *Rechtsstaat*, pero esto tiene que ver sobre todo con el contexto con el cual las dos teorías se han afirmado. Puede decirse que hay un núcleo común<sup>15</sup> que el sistema legal es un orden jerárquico que anhela, aunque nunca consigue del todo, ser completo. Esto significa que las relaciones entre las propias normas legales están legalmente reguladas. También significa que no existe ningún momento en el que algún actor puede revocar o suspender arbitrariamente las normas legales que rigen su situación. Por eso, nadie, incluyendo los cargos más altos del Estado, es *de legibus solutus*. Por eso se ha dicho que “el gobierno debe estar regulado por la ley y sujeto a ella”<sup>16</sup> “la creación de la ley se regula a sí misma [por otras normas también legales]”<sup>17</sup>. O como dice Finnis: el sistema legal, o el Estado legal, es un aspecto del orden social que, al funcionar adecuadamente, “aporta definición, especificidad, claridad, y, consecuentemente, previsibilidad a las interacciones humanas”<sup>18</sup>. Para producir estos resultados se requieren muchas condiciones.

Las más sencillas de enunciar serían las que Raz dio: “1) las leyes deben ser prospectivas, públicas y claras; 2) las leyes deben ser relativamente estables; 3) la elaboración de reglas legales... debe estar guiada por reglas públicas, estables, claras y generales; 4) la independencia del Poder Judicial debe de estar garantizada; 5) ciertos principios de justicia natural deben de ser observados (por ejemplo, juicios públicos, justos e imparciales); 6) los tribunales superiores deben tener poderes de revisión... con el fin de asegurar conformidad con el Estado de derecho; 7) los tribunales deben ser fácilmente accesibles, y 8) la discreción de las agencias de prevención del crimen no debe subvertir la ley”<sup>19</sup>. Los puntos 1 a 3 apuntan a características generales

<sup>15</sup> O'Donnell, G., *Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas*, “Desarrollo Económico”, vol. 33, 1993, p. 334 a 374.

<sup>16</sup> Raz, J., *The rule of law and its virtue*, “The Law Quarterly Review”, n° 93, 1977, p. 195 a 221.

<sup>17</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

<sup>18</sup> Finnis, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

<sup>19</sup> Raz, J., *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

de las leyes; se refieren a su debida promulgación y contenido, así como a un hecho práctico que Raz y otros autores subrayan: las leyes tienen que poder ser acatadas, es decir que éstas (y los que las interpretan) no deben plantear exigencias cognitivas o de conducta excesivas. Los otros puntos en la lista de Raz hacen referencia a los tribunales y sólo indirectamente a otras agencias estatales. El punto 4 necesita ser aclarado: que la “independencia de los tribunales” (en realidad, una idea con aspectos bastante problemáticos que no puedo discutir aquí) es un objetivo valioso se demuestra, *a contrario*, por el frecuente comportamiento servil de estas instituciones en relación con los regímenes autoritarios que hemos padecido. Pero esta independencia puede usarse para promover privilegios sectoriales del personal judicial, o interpretaciones de la ley antidemocráticas y/o arbitrarias. Conseguir una independencia judicial que se ejerza en dirección a sustentar la democracia es una tarea difícil en cualquier lugar, incluyendo por cierto América Latina. En esta región, logros no menos difíciles están implícitos en el punto 6 de la lista de arriba, especialmente en lo referente a supervisar la legalidad de las acciones de presidentes que se creen facultados electoralmente para decidir lo que crean conveniente durante sus mandatos. Que entre nosotros para los no privilegiados los puntos 5 y 7 no necesita aquí elaboración. Ocurre lo mismo con el punto 8, especialmente en relación con la frecuente impunidad de la policía y de otros servicios de “seguridad” en relación con los no privilegiados; esto es también cierto de violencias cometidas por agentes privados, posibles por omisión cuando no complicidad de la policía y otras agencias.

Actualmente al Estado de derecho se lo considera una de las características principales de las buenas democracias. Digo “buenas democracias” pues se ha visto que no se puede hacer simplemente la distinción entre “democracias” y “no democracias”. O dicho de otro modo que es una manera correcta de clasificar sistemas políticos pero insuficiente. La tendencia general es la de hablar de *calidad institucional*. “Una buena democracia –dice Leonardo Morlino<sup>20</sup>– es antes que nada un régimen ampliamente legitimado –por ende– estable, del cual los ciudadanos son plenamente conformes solo por un complejo de instituciones que gozan del pleno apoyo de la sociedad civil de referencia. Tercero, por las características que le son propias, los ciudadanos de una buena democracia deben poder controlar y valorar si y como cuales valores se realizan a través del pleno respeto de las normas vigentes, la así llamada *rule of law*”. Y en base a estos elementos Morlino individualiza 5 dimensiones de una buena democracia: 1) la *rule of law*; 2) *accountability* o responsabilidad del gobierno; 3) la *responsiveness*, es decir la satisfacción del ciudadano y la sociedad civil; 4) pleno respeto de los derechos individuales, y 5) mayor igualdad política, social y económica.

#### 4. República universal

Habermas<sup>21</sup> ha propuesto una útil secuencia tipológica. Observa que en Europa el Estado moderno emergió bajo el absolutismo y generalizó el concepto de sujeto jurídico como titular de derechos “burgueses”, típicamente incorporados en los códigos civiles y comerciales. Este fue un primer paso hacia la “juridificación” generalizada

---

<sup>20</sup> Morlino, L., *Stabilità, legittimità e efficacia decisionale nei sistemi democratici*, “Rivista italiana di Scienza Politica”, n° 3, 1973, p. 280 a 305.

<sup>21</sup> Habermas, J., *Between facts and norms*, Cambridge, The MIT Press, 1996.

de la sociedad que, agrego siguiendo a Max Weber<sup>22</sup> se convirtió a la vez en el proceso de formación de los Estados nacionales y de extensión del capitalismo. El segundo paso fue el *Rechtsstaat* en su significado original, que estableció “la regulación constitucional de la autoridad ejecutiva ... [bajo] el principio de la legalidad administrativa”, a pesar de que los individuos todavía no gozaban de derechos políticos. Esto sucedió en una tercera etapa, en algún momento del siglo XIX, cuando la población adulta masculina adquirió los derechos políticos. La cuarta etapa que Habermas define es la del Estado de bienestar y sus derechos concomitantes. En realidad, esta tipología no encaja bien en varios de los casos europeos que pretende abarcar, y no lo hace para nada en un caso importante, Estados Unidos. Sin embargo, es útil en dos aspectos. El primero, elaborado por Habermas y otros autores alemanes, es que los procesos arriba referidos del cambio social han incluido una intensa juridificación, esto es “la expansión [por medio de] la regulación legal de nuevas situaciones sociales hasta entonces informalmente reguladas [y] la densificación de la ley, o, lo que es lo mismo, el retroceso de las definiciones globales [es decir, universalistas] para dar paso a las definiciones legales más individualizadas”<sup>23</sup>. La complejidad creciente de los derechos y obligaciones asociados al concepto de sujeto jurídico es una expresión de este proceso. Éste, a su vez, ha sido el producto de la aparición de Estados que intentan ordenar las relaciones sociales sobre su territorio de varias maneras, de las cuales una extremadamente importante es su propia legislación.

Los derechos de la ciudadanía política y civil son formales, en el doble sentido que son universalistas y que son sancionados mediante procedimientos establecidos por las normas de autoridad y representación que resultan de un régimen democrático. El ciudadano político de la democracia es homólogo al ciudadano civil: los derechos de voto y afiliación a partidos políticos, suscribir contratos, no sufrir violencia, recibir un trato justo por parte de agencias estatales, etc., son ínsitos a individuos que comparten la autonomía y la responsabilidad que les convierte en sujetos jurídicos y en propiamente agentes de sus propias acciones. Esta es una premisa de igualdad universalista que aparece en innumerables facetas de un Estado democrático de derecho y que subyace al enorme atractivo que la democracia ha mostrado bajo condiciones históricas y culturales muy variadas.

El último libro de Habermas *Der Gespaltene Westen*<sup>24</sup> hablando del Occidente dividido (de ahí el título) entre EEUU y Europa propone un posible orden mundial alternativo partiendo del modelo esbozado por Immanuel Kant. Antes de la revolución francesa Kant delineó los fundamentos de un orden político universalista y cosmopolita que representa aun hoy el único modelo alternativo al de la globalización técnica y económica. Habermas adhiere a la propuesta de “asociar un Parlamento de los Ciudadanos del Mundo a la Asamblea General de la ONU”. Esta propuesta ya fue avalada por la Internacional Socialista y la Internacional Liberal y los parlamentos de Suiza, Japón, Alemania y la Unión Europea.

---

<sup>22</sup> Weber, M., *Economy and society. An outline of interpretative sociology*, Berkeley, California University Press, 1978.

<sup>23</sup> Habermas, J., *Law as a medium and as an institution*, en Teubner, G., “Dilemmas of Law in the Welfare State”, New York and Berlin, Gruyter, 1988, p. 203 a 220.

<sup>24</sup> *Suhrkamp*, 2004.

La idea es que un orden mundial democrático necesita soluciones globales que los Estados nacionales no están en condiciones de ofrecer por sí solos.

Kant se preocupaba por los derechos de la humanidad, razonaba en términos de “sumo bien mundial” entendía a los Estados nacionales en el marco de “una sociedad de las naciones” basada en la paz. Y la paz era garantizada por el derecho. La internacionalización es lo que algunos llaman globalización y que Kant había bautizado “internacionalismo” consiste en “una constitución que garantice la mayor libertad humana según las leyes que permiten a la libertad de cada uno coexistir con las libertades de los otros”<sup>25</sup>. Y agrega en la tesis quinta de la *idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* “solo una sociedad civil que haga valer universalmente el derecho puede garantizar la paz”.

Esta es la mejor noción de Estado de derecho un derecho que establezca las relaciones entre los individuos y entre las naciones y que sea sostenida por una sociedad civil capaz de cambiar en tiempos de cambio, de sostener las instituciones políticas y hacer que la observancia del derecho no sea solo un tema de ladrones y policías sino de consumidores y proveedores, de empresas y clientes de Administración pública y ciudadanos, de esposos, de habitantes del mismo barrio, de transportados o transportistas, de vendedores por Internet.

La noción kantiana de internacionalismo no es alternativa a la propuesta técnica y económica de la globalización. En mi opinión la completa atribuyéndole una dimensión jurídica y política que de otro modo no tiene. El derecho que nace apurado por la técnica y el comercio es un derecho de exclusiones y donde los temas se resuelven dejando fuera a los países, a las regiones, a los individuos a las asociaciones que no puedan participar tecnológicamente o competitivamente. El derecho internacionalista de Kant sirve a mantener la paz entre las naciones y los individuos.

## 5. La aceptación del Estado de derecho

Esta caracterización no tiene nada de utópico: es realista aun desde el punto de vista más exquisitamente individualista. A nadie puede convenirle estar rodeado de miseria, exclusión, rechazo. Aun por razones egoístas vale la pena recuperar todo ese inmenso material humano y tornarlo productivo para sí mismo y para la comunidad.

La idea va creciendo y por ahora hay más declaraciones que hechos, pues lo difícil es convencer a todos que le conviene respetar las reglas.

España, por ejemplo comienza su Constitución de un modo impecable “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” (art. 1), el tema es que no bastan tales declaraciones para determinar si un Estado puede llamarse de derecho tendremos que comparar las propuestas legales (que no son otra cosa que la totalidad del derecho público, entendiendo por tal todas las normas emanadas del Poder Legislativo y del gobierno) con su recepción en la vida pacífica y/o en su aplicación a los supuestos conflictivos. Cuando las leyes suscitan un común disenso y la generalidad de los ciudadanos no las viven o los tribunales no las aplican.

---

<sup>25</sup> Kant, Immanuel, *Para la paz perpetua*.

Las organizaciones supranacionales como la Unión Europea generan normativas que obligan a los Estados a respetar las normas del Estado de derecho e intervenir ante terceros países cuando éstos no las cumplan<sup>26</sup>.

Hay organismos internacionales que apoyan procesos de Estado de derecho que parecerían alejados de sus propios fines. Uno de ellos es el Bid (Banco Interamericano de Desarrollo) “Uno de los objetivos del Banco consiste en asistir a los gobiernos de los países miembros prestatarios y a sus ciudadanos en la creación e implementación de programas de reforma de sus sistemas jurídicos, de tal manera que se cuente con Estados de derecho fortalecidos, como una manera de alcanzar un desarrollo sostenible y consolidar la democracia. El Banco promueve la existencia de Estados de derecho que garanticen la seguridad jurídica, respetando en el diseño de sus proyectos el contexto cultural, económico y político de cada país”<sup>27</sup>. Uno de los objetivos del Banco consiste en asistir a los gobiernos de los países miembros prestatarios y a sus ciudadanos en la creación e implementación de programas de reforma de sus sistemas jurídicos, de tal manera que se cuente con Estados de derecho fortalecidos, como una manera de alcanzar un desarrollo sostenible y consolidar la democracia. El Banco promueve la existencia de Estados de derecho que garanticen la seguridad jurídica, respetando en el diseño de sus proyectos el contexto cultural, económico y político de cada país.

La división de Estado, gobernabilidad y sociedad civil apoyará programas y proyectos que tienen como objetivo: 1) fortalecer la independencia del Poder Judicial; 2) poner en marcha programas de acceso a la justicia, incluyendo la justicia de paz; 3) fortalecer la capacidad de la Administración de justicia en la lucha contra la corrupción; 4) desarrollar sistemas modernos de gestión y administración de instituciones judiciales; 5) promover medidas alternativas de resolución de conflictos, como la mediación, el arbitraje y la conciliación; 6) actualizar la normativa sustantiva y procesal, y 7) proteger la seguridad ciudadana, control legal del uso de la fuerza y sistemas integrados de justicia en el área penal.

© Editorial Astrea, 2018. Todos los derechos reservados.

---

<sup>26</sup> Reglamento (CE) n° 976/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de derecho, así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países (Diario Oficial L 120 de 8/5/99).

<sup>27</sup> Del sitio del Banco en Internet/Departamento de Desarrollo sostenible.